

O Direito Civil na Constituição

Álvaro Villaza AZEVEDO*

• **SUMÁRIO:** 1 Generalidades. 2 Direitos da personalidade e dano moral. 3 União estável e casamento religioso. 4 Chefia da sociedade conjugal. 5 Divórcio. 6 Filiação. 7 Código de Defesa do Consumidor. 8 Importância da Constituição de 1988 no direito de família. Conclusão. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** O legislador constituinte vem se preocupando, há algum tempo, com a inserção de matéria relativa ao direito civil no texto da Constituição, para dar mais força à possibilidade de regulamentação dos direitos do cidadão. Por essa razão, prefiro dizer que existe a inclusão do direito civil na Constituição, e não dizer que exista um direito civil constitucional. Tanto é assim que, no mais das vezes, a matéria civil incluída no texto constitucional exige regulamentação ordinária. A vantagem dessa inclusão de matéria civil na Constituição é a de assegurar que a legislação ordinária há que regulá-la, sem preteri-la e sem modificar o sentido imposto pela norma maior, a não ser que seja esta modificada. Destacarei, em seguida, algumas matérias de direito civil inseridas na Constituição.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Direito civil e constituição. Dano moral. União estável. Chefia da sociedade conjugal. Divórcio. Filiação. Consumidor. Direito de família.

*Doutor em Direito. Professor titular de Direito Civil. Regente de Pós-Graduação e ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor titular de Direito Romano, de Direito Civil e ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo. Professor titular de Direito Romano e diretor da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP), em São Paulo. Advogado e ex-conselheiro federal e estadual da Ordem dos Advogados do Brasil. Parecerista e consultor jurídico.

1 Generalidades

O legislador constituinte vem se preocupando, há algum tempo, com a inserção de matéria relativa ao direito civil no texto da Constituição, para dar mais força à possibilidade de regulamentação dos direitos do cidadão.

Por essa razão, prefiro dizer que existe a inclusão do direito civil na Constituição, e não dizer que exista um direito civil constitucional. Tanto é assim que, no mais das vezes, a matéria civil incluída no texto constitucional exige regulamentação ordinária.

A vantagem dessa inclusão de matéria civil na Constituição é a de assegurar que a legislação ordinária há que regulá-la, sem preteri-la e sem modificar o sentido imposto pela norma maior, a não ser que seja esta modificada.

Destacarei, em seguida, algumas matérias de direito civil inseridas na Constituição.

2 Direitos da personalidade e dano moral

Os direitos da personalidade e a indenização do dano moral estão previstos, nestes termos, no inc. X, do art. 5º da Constituição de 5.10.1988: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Os direitos da personalidade estão regulamentados nos art. 11 a 21 do Código Civil de 2002 e já estavam previstos nos art. 12 a 21 do anteprojeto desse mesmo código, desde 1972.

Discute-se, entretanto, se foi geral ou específico esse texto constitucional no tratamento da matéria, ou, melhor dizendo, se somente cogitou da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, ou não.

Entendo que essa enumeração não é taxativa; entretanto, é tão ampla que, praticamente, teve em mira abarcar toda violação à intimidade, à vida pri-

vada, quer dizer, aos direitos da personalidade, que se aninham na pessoa como seu maior tesouro. E menciono indistintamente direitos da pessoa, como o texto constitucional, abrangendo, assim, não só a pessoa física como também a jurídica, que, como aquela, tem patrimônio imaterial a preservar.

O Código Civil de 2002 reafirma esse pensamento, em seu art. 52, quando admite a aplicação às pessoas jurídicas, no que couber, da proteção dos direitos da personalidade.

Mesmo antes dessa permissão constitucional, eu era a favor da indenização do dano moral; somente que sempre entendi ser necessária autorização legal, embora nossa doutrina e jurisprudência viessem abrandando esse posicionamento, para admitir a reparação decorrente do *pretium doloris* (preço da dor).

Atualmente, no Código Civil de 2002, essa espécie de ilícito por dano moral está prevista no art. 186 (*in fine*). A obrigação de indenizar está consignada no art. 927 e seguintes do mesmo código.

Problema de difícil solução que têm enfrentado nossos tribunais é o da quantificação, da avaliação ou da apuração desse dano, fundado em reprimir a sensação dolorosa sentida pela vítima do dano moral.

Essa dificuldade, entretanto, jamais foi ou poderá ser levada a que não se indenize o dano moral.

Todavia, é preciso muito cuidado na consideração desse ilícito, pois a intimidade, em algumas oportunidades, divulga-se como fato social, passando a existir como notícia em jornais, em revistas, divulgada na mídia, como fatos relativos a comportamento humano minoritário (homossexualismo), erros médicos que ocasionam traumatismos ou mesmo morte. Às vezes, por outro lado, existe divulgação restrita como documento científico. Melhor, em caso de dúvida, optar-se pela caracterização da culpa, da necessidade de ser o mal causado culposamente à causação do dano moral. Sim, porque o dano moral vem previsto no art. 186 do Código Civil, na parte referente aos atos ilícitos.

Nosso Código de 1916, por seu art. 1.553, apresentava solução genérica, para que não restasse irreparado qualquer dano, quando aludia a que, nos casos não previstos em lei, no tocante à liquidação de danos resultantes de atos ilícitos, a indenização dar-se-ia por arbitramento. Atualmente, o art. 946

do Código Civil assenta que, sendo a obrigação indeterminada, não havendo na lei ou no contrato disposição fixando o *quantum* indenizatório devido, o valor das perdas e danos será fixado na forma de liquidação prevista no Código de Processo Civil. Entendo que a melhor forma continua sendo a do arbitramento.

Ressalte-se que o Projeto de Código Civil 634-B/75 (118 no Senado, com redação final de 1997) já declarava, em seus art. 952 e 953, especialmente no parágrafo único do primeiro, que, não sendo possível a prova do prejuízo material quanto ao dano em razão de injúria, calúnia ou difamação, caberia ao juiz fixar, equitativamente, o valor indenizatório, de acordo com as circunstâncias do caso. Atualmente, esse texto adotou-se pelos art. 953 e 954 do Código Civil.

As situações danosas no dano material e moral e seus efeitos são completamente diferentes: uma agride a matéria, outra o espírito. Os patrimônios são distintos e se vêem individualmente violados.

Uma vez incorporado, indene de dúvidas, o dano moral ao art. 186 do Código Civil, tenho que a reparação deve ser global.

Assim, quem, por ato ilícito, violar direito ou causar prejuízo a outrem, deve reparar o dano material e moral. Estes podem ser cumulados.

Esse ressarcimento encontra sentido, também, na orientação jurisprudencial, que determina, ante a ilicitude, a providência de global indenização, a mais completa possível. Daí porque entendo que o dano moral, ocorrendo ante a aludida violação de direitos da personalidade, existe com o ato ilícito, necessitando, para sua confirmação, da existência de culpa do agente.

3 União estável e casamento religioso

Antes de ser editada a Constituição Federal de 5.10. 1988, alertava¹, em minha monografia, com antecedência de ano e meio, que, para que se evitassem “discriminações odiosas”, deveria o texto constitucional “dizer, simplesmente, que a família terá direito à proteção dos Poderes Públicos”.

¹AZEVEDO, 1987, p. 251. Consulte-se, ainda, meu livro Estatuto da família de fato, 2.ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

Isso porque as Constituições anteriores pauperaram seus textos no sentido de proteger a família constituída sob casamento civil, silenciando sobre a proteção da família de fato.

Destaque-se, nesse passo, que, após ser instalada a Assembléia Constituinte, em 1º.2.1987, e eleito seu presidente, deputado Ulisses Guimarães, havia necessidade da elaboração de um projeto de Constituição, constituindo-se, para tanto, a Comissão Afonso Arinos (de Melo Franco), que era seu presidente.

Os trabalhos dessa comissão não chegaram a ser enviados à Assembléia Constituinte, entretanto, iniciou-se nela a edificante tarefa de “democratização da família” como “base da sociedade”, com o acolhimento, entre outros, do instituto da união estável, da igualdade de direitos e de deveres entre cônjuges e entre filhos, inclusive adotivos.

Formaram-se, então, várias subcomissões para elaboração de anteprojetos a serem considerados pela Comissão de Sistematização, que, por seu relator, Bernardo Cabral, reuniu esses trabalhos pré-legislativos.

Ressalte-se, aqui, que a subcomissão de família, do menor e do idoso, em seu anteprojeto, de 25.05.1987, sendo seu presidente o deputado-constituinte Nelson Aguiar, chegou a admitir, no § 1º do art. 1º, que “o casamento civil é a forma própria de constituição da família”, em completa discriminação do casamento religioso e da união estável. E isso como se o Estado pudesse assim privilegiar, no texto constitucional, dizendo ao povo como constituir sua família!

No art. 297 do substitutivo do senador-constituinte Bernardo Cabral, embora sem distinguir entre os institutos, assenta-se, melhor que, “a família, constituída pelo casamento ou por união estável, tem proteção do Estado, que se estenderá à entidade familiar formada por qualquer um dos pais ou responsável legal e seus dependentes, consanguíneos ou não”. Também nele não se menciona o casamento religioso.

Finalmente, malgrado os inconvenientes mostrados e a análise crítica, adiante, o certo é que a Constituição Federal vigente, de 5.10.1988, trouxe várias inovações ao direito de família brasileiro, entre as quais, pelo § 3º de seu art. 226, o reconheci-

mento do concubinato puro, não-adulterino nem incestuoso, como forma de constituição de família, como instituto, portanto, do direito de família.

Houve por bem, ainda, o legislador constituinte substituir a palavra concubinato pela expressão união estável, para inaugurar nova era de compreensão aos conviventes, respeitando seus direitos e sua sociedade de fato, que sempre existiu, antes do Decreto nº 181, de 1890, sob forma de casamento de fato ou presumido.

Tenha-se presente, ainda, que a Constituição de 1988, mencionando em seu *caput* que a família é a “base da sociedade”, tendo “especial proteção do Estado”, nada mais necessitava o art. 226 dizer no tocante à formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição da família. Sim, porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família.

O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor.

O ser humano é um ser gregário, que necessita viver em família, cujo modo de constituição ele escolhe, firmando-se um costume admitido em sua coletividade, que vai transpondo gerações. Esse anseio popular, embora nasça de um contrato convivencial, é algo que ultrapassa a noção de instituto jurídico; é um organismo institucional, que se fundamenta no direito natural. O Direito humano deve intervir, somente, para evitar lesões, locupletamentos indevidos, fazendo reinar a responsabilidade, ainda mais fortemente, nas convivências livres.

A união estável, concubinato puro, não-adulterino e não-incestuoso, sempre encontrou esse apoio institucional, na figura antiga do casamento de fato.

Por outro lado, não estendeu essa mesma Constituição ao casamento religioso, como entendo correto, os efeitos do casamento civil, para recuperar sua antiga dignidade ante o Estado. Limita-se ela, por seu art. 226 § 2º, a dizer, da mesma forma que a anterior, que “o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da Lei”. Esta (Lei nº 1.110, de 23.05.1950), entretanto, só admite tal efeito quando pré ou pós-existe a habilitação para o casamento civil. Nesse caso, o casamento religioso adquire a forma de casamento civil, não é mais casamento religioso.

Assim, tanto o casamento civil como o religioso, com suas formalidades próprias, devem existir,

em meu entender, automática e independentemente. O casamento religioso, desse modo, deve vestir-se com as formalidades dos estatutos das respectivas religiões.

A união estável precisava ser regulamentada e foi, primeiramente, pela Lei nº 8.971, promulgada em 29.12.1994, que concedeu direito aos companheiros no tocante a alimentos e à sucessão; e a Lei nº 9.278, de 10.05.1996, baseada em projeto meu, que regulamentou a união estável (concubinato puro), para que não existam abusos entre os conviventes, que devem ser livres na convivência, mas responsáveis.

Como visto, tanto a união estável como o antigo casamento de fato ou presumido nasceram, espontânea e naturalmente, na sociedade, isentos de formalismos.

Em verdade, repita-se, a união estável de hoje nada mais é do que o aludido antigo casamento de fato ou presumido, que existia havia quase 4.000 anos até o Decreto 181, de 1890, entre nós.

4 Chefia da sociedade conjugal

A Constituição Federal de 1988 igualou os cônjuges quanto ao exercício de seus direitos e deveres, no § 5º, de seu art. 226, eliminando, assim, a chefia da sociedade conjugal.

Com esse entendimento constitucional, o Projeto de Lei da Câmara, nº 118, no Senado, de 1984, com sua redação final em 1997, acentuava, em seu art. 1.570, que "A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos" (atual art. 1.567 do Código Civil).

5 Divórcio

A Emenda Constitucional nº 9, de 28.06.1977, deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição Federal de 24.01.1967, após a Emenda nº 1, de 17.10.1969, possibilitando a admissão do divórcio na legislação ordinária brasileira. Sim, porque, antes dessa emenda, o casamento era de vínculo indissolúvel.

Mesmo assim, esse § 1º, aludido, com sua nova redação, só possibilitava a dissolução do casamento, nos casos expressos em lei, desde que houvesse "prévia separação judicial por mais de três anos".

Com esse fundamento constitucional, editou-se a Lei nº 6.515, 26.12.1977, chamada Lei do Divórcio,

que, obedecendo ao texto fundamental, admitia o divórcio indireto, após a separação judicial. O divórcio direto era autorizado nos moldes do art. 40, excepcional e transitoriamente (após cinco anos de ruptura de fato do casamento, anteriores à lei).

O divórcio como pretendido por Nelson Carneiro viria a existir com a Constituição Federal de 1988, que o admitiu após a prévia separação judicial por mais de um ano, na forma da lei (divórcio indireto), ou após "comprovada separação de fato por mais de dois anos" (divórcio direto). Acolheu, nesta última hipótese, o modelo romano do "divortum bonae gratiae".

Desse modo, no processo de divórcio, atualmente, não há que cogitar-se da causa que ocasionou a separação do casal. Basta a comprovação de que o prazo ocorreu.

Essa norma constitucional repetiu-se no art. 4º da Lei nº 7.841, de 17.10.1989, bem como no art. 1.580 do Código Civil.

6 Filiação

Um ano e meio antes do advento da atual Constituição, inspirando-me no Código Familiar para o Estado Mexicano, de Hidalgo, em minha tese já citada², lembrava ao então relator da Constituinte, senador Bernardo Cabral, da necessidade de a Constituição igualar os direitos de todos os filhos, inclusive dos adotivos, lembrando o disposto no art. 202 desse mesmo código, segundo o qual "Os filhos não recebem qualificativo algum, são iguais ante a lei, a família, a sociedade e o Estado".

O § 6º do art. 227 da nossa Constituição seguiu esse entendimento, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, dando a todos os filhos, consangüíneos e adotivos, completa igualdade de tratamento, nesses termos: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

7 Código de Defesa do Consumidor

A Constituição de 1988 exige que o Estado promova, na forma da lei, a defesa do consumidor (art.

² AZEVEDO, op. cit., p. 49.

5º, inc. XXXII), estabelecendo seu art. 170, inc. V, o princípio da defesa do consumidor.

Por exigência do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ficou nosso Congresso Nacional obrigado a instituir, como o foi, o Código de Defesa do Consumidor, que contém normas fundamentais de direito privado.

8 Importância da Constituição de 1988 no direito de família

O direito de família, como propugnamos desde o projeto inicial da Constituição Federal de 1988 e depois com seus art. 226 e 227, recebeu a maior reformulação de seus fundamentos jurídicos, adaptando-se à realidade presente da vida brasileira.

As Constituições anteriores bradavam pela proteção da família, sob a égide do casamento civil, enquanto o povo constituía sua família pelo concubinato puro.

Acostumou-se o povo brasileiro a assim unir-se porque a lei sempre o proibiu de desconstituir o vínculo matrimonial, o que só foi possível a partir da Lei nº 6.515, de 26.12.1977, possibilitada pela Emenda Constitucional nº 9, de 28.06.1977.

O art. 226 citado reconheceu a união concubinária pura, sob o título de união estável, enumerando o reconhecimento de outras formas de constituição de família, de modo enunciativo, em seus §§ 1º a 4º. A tão esperada igualdade de direitos e de deveres entre homem e mulher casados veio firmada no § 5º do mesmo dispositivo constitucional. O § 6º, seguinte, possibilitou o sempre sonhado divórcio direto, por separação de fato por mais de dois anos, ao lado do divórcio por conversão, sem as odiosas restrições da Lei do Divórcio, que, praticamente, foi lei de separações judiciais, com posterior conversão em divórcio.

O divórcio, propriamente, atingiu sua maioridade com a Constituição de 1988.

O art. 227, por seu § 6º, selou todo um trabalho legislativo anterior, proibindo "quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, inclusive adotiva".

Esses dois artigos, com essas principais modificações, criaram uma imagem mais próxima dos fatos sociais, mais condizente com a realidade da família brasileira.

Desenvolveu-se, então, arduamente, um trabalho por todos os bem-intencionados que querem adaptar as normas à realidade vivente, para que a lei não seja um material ilusório, irreal e injusto, a aplicar-se contra o que acontece na sociedade. O espelho do passado foi quebrado para a tentativa de uma construção jurídica mais justa e adequada à realidade presente.

Pudemos todos, assim, assistir a essa evolução pela jurisprudência, consolidada no Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição de 1988, antecipando, a partir de 1990, principalmente, a regulamentação da união estável, feita na Lei nº 9.278, de 10.05.1996, fundada no meu esboço de projeto, que permanece viva no Código Civil de 2002.

Conclusão

A inserção da matéria de direito civil na Constituição contribuiu muito para sua regulamentação na legislação ordinária, embora retirando muita matéria do direito projetado do atual Código Civil.

As regras de direito civil que se inserem na Constituição ou são auto-aplicáveis, como a relativa ao dano moral, ou como a que atina aos direitos da personalidade, mas sempre merecem uma regulamentação para melhor aplicação desses princípios à solução dos casos concretos.

A inclusão de muita matéria de direito ordinário na Constituição chegou, nesse ponto, a torná-la ineficaz, dada a necessidade de ser aplicável por legislação infraconstitucional. Desde o nascimento da Constituição, segundo levantamento feito pelo Senado, seriam necessárias aproximadamente 400 leis ordinárias regulamentadoras para atender à menção constitucional "na forma da lei".

Todavia, o mandamento constitucional vai tornando obrigatória a regulamentação ordinária desses preceitos de direito privado, prioritariamente.

Daí não se poder falar em direito civil constitucional, mas sim em direito civil inserido na Constituição.

AZEVEDO, A. V. Civil law in the Constitution. *Revista Justitia (São Paulo)*, v. 198, p. 161-166 / jan./jun. 2008

• **ABSTRACT:** For the past years, constitutional lawmakers have been worrying about the insertion of civil law related issues in the

Constitution's text, in order to strengthen the possibilities of regulation of citizens' rights. Therefore, I prefer to say that there is an inclusion of the civil law in the Constitution, rather than that there is a constitutional civil law. And that is because, most of the time, civil issues included in the constitutional text demand ordinary regulation. The advantage of including civil law in the Constitution is that it assures that the ordinary regulations that follow will rule these rights without neglecting or changing the directions determined by the country's major law, unless it is

modified itself. In this article, I will highlight some civil law issues inserted in the Constitution.

• **KEYWORDS:** Civil law in the Constitution. Moral damage. Stable union. Leadership in the matrimonial arrangement. Divorce. Parentage. Consumer. Family law.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*. 2. ed. Belém: Ed. Cejup, 1987.
_____. *Estatuto da família de fato*. 2ªed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.